

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 boulevard Raspail
75007 PARIS

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Conseil de l'Europe – Council of Europe
Strasbourg, France

Tierce intervention

Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme
(FIDH)

Affaire PERINÇEK c. Suisse

Requête n° 27510/08

1. Par lettre du 24 septembre 2014, le Greffe de la Cour européenne des droits de l'homme a informé la FIDH (Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme) de la décision du Président de la Grande Chambre de l'autoriser à présenter des observations écrites dans le cadre de l'affaire *Perinçek c. Suisse* (Req. n° 27510/08).

2. En qualité d'organisation non-gouvernementale internationale fédérant aujourd'hui 178 organisations nationales de défense des droits humains dans plus de 100 États, la FIDH entend d'abord insister, à titre liminaire, sur **les enjeux cruciaux** que cristallise l'affaire *Perinçek c. Suisse* et sur **les principes susceptibles de guider la Grande Chambre** à l'heure de trancher le dilemme conventionnel entre la liberté d'expression et la lutte contre les discours de haine (I). Puis, après avoir apporté quelques précisions quant à **l'objet et aux effets potentiels des propos niant le génocide arménien** (II), la FIDH proposera une méthode d'analyse des discours offensifs centré sur **la finalité discriminatoire ou haineuse des propos tenus** (III).

I – Propos liminaires : Les enjeux et principes liés au dilemme des discours de haine

3. Indéniablement, l'affaire *Perinçek c. Suisse* soulève un conflit entre des impératifs contradictoires qui méritent chacun une importante protection conventionnelle : l'indispensable **garantie de la liberté d'expression et de discussion**, en particulier au sujet de débats historiques, d'une part ; et la nécessaire **lutte contre les discours de haine**, notamment lorsque ceux-ci prennent la forme du négationnisme, d'autre part.

A cet égard, la présente affaire illustre l'essor des contentieux qui mettent le principe de liberté d'expression aux prises avec l'impératif de lutte contre l'extrémisme et imposent à la Cour de relever le délicat défi des discours de haine.

Or, à l'aune de récents précédents rendus en formation de Chambre¹ mais aussi de Grande Chambre², la jurisprudence européenne semble quelque peu fluctuante – et donc difficilement prévisible – concernant les discours perçus comme offensifs.

4. Dans ces conditions, l'affaire *Perinçek* constitue une opportune occasion pour la Grande Chambre de préciser solennellement les principes conventionnels qui encadrent les usages et mésusages de la liberté d'expression, étant rappelé que toute incertitude à ce sujet est à proscrire tant cela « *peut faire peser un sérieux poids sur la libre formation des idées ainsi que sur le débat démocratique et avoir un effet dissuasif* »³.

Dans ce cadre, la FIDH invite la Grande Chambre à forger un encadrement juridique optimal de la mémoire, qui protège fermement la liberté de discussion historique sans pour autant permettre la diffusion de discours négationnistes et haineux. En d'autres termes, il importe

¹ Comp. not. Cour EDH, 2^e Sect. 24 juillet 2012, *Fáber c. Hongrie*, Req. n° 40721/08; Cour EDH, 5^e Sect. 9 février 2012, *Vejdeland et autres c. Suède*, Req. n° 1813/07.

² Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c. Suisse*, Req. n° 16354/06 (acquise à une infime majorité de neuf voix contre huit).

³ Cour EDH, 2^e Sect. 25 octobre 2011, *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, Req. n° 27520/07, § 81.

que la liberté d'expression et de débat ne soit pas excessivement restreinte au nom de la lutte contre les discours offensifs mais que, réciproquement, ces derniers ne puissent impunément prospérer.

Surtout, indépendamment de l'issue de la présente affaire, il est indispensable que le raisonnement européen soit établi avec une précision suffisante afin que l'arrêt de la Grande Chambre ne puisse en aucune façon être interprété comme autorisant la diffusion en toute impunité de propos haineux, discriminatoires et/ou racistes sous couvert de débat historique ; ni, au contraire, comme habilitant les Etats à réprimer tout type de propos jugés offensifs.

5. Afin de parvenir à un tel résultat équilibré, et toujours à titre liminaire, la FIDH entend attirer l'attention de la Grande Chambre sur trois points successifs.

6. Premièrement, puisqu'il est essentiel que la liberté d'expression ne soit pas radicalement sacrifiée sur l'autel d'un autre impératif, il importe que le dispositif d'abus de droit prévu par l'article 17 de la Convention soit utilisé avec la plus grande précaution. Car à l'importance de ses effets – la déchéance d'une personne d'une fraction de ses droits et libertés – s'ajoute une mise en œuvre qui implique une nécessaire subjectivité dans l'appréciation juridictionnelle, laquelle peut avoir des conséquences indésirables sur la liberté d'expression⁴.

En effet, la Chambre a rappelé que « *la limite tolérable pour que des propos puissent tomber sous l'article 17 réside dans la question de savoir si un discours a pour but d'inciter à la haine ou à la violence* »⁵. Or, ce dernier critère relatif à l'incitation à la haine ou à la violence est lui-même fluctuant⁶ et au cœur d'intenses discussions sur le terrain conventionnel de la liberté d'expression⁷. A la logique d'exclusion de l'article 17 de la Convention, il convient donc de préférer **la logique de proportionnalité** qui irrigue l'article 10 de la Convention.

7. Deuxièmement, à l'heure d'examiner la présente affaire sur le terrain de l'article 10, il incombe à la Grande Chambre de réaffirmer fermement que **la protection de la liberté d'expression est le principe conventionnel**, alors que sa limitation n'est que l'exception. Bien qu'une telle assertion puisse confiner à l'évidence, il n'est pas inopportun que le cadre d'analyse fixé par la structure même de l'article 10 – lequel protège la liberté d'expression en

⁴ En ce sens, v. Hannes Cannie et Dirk Voorhoof, « The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention : an Added Value for Democracy and Human Rights Protection ? », in *NQHR*, 2011, vol. 29/1, pp. 54-83.

⁵ § 52 de l'arrêt de Chambre ; Sur ce critère, v. aussi Cour EDH, 3^e Sect. Dec. 23 octobre 2012, *Molnar c. Roumanie*, Req. n° 16637/06, § 23

⁶ Dans certaines affaires, la Cour retient l'abus de droit (Cour EDH, Dec. 16 novembre 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*, Req. n° 23131/03 ; Com. EDH, Dec. 11 octobre 1979, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, Req. n° 8348/78 ; Cour EDH, 1^e Sect. Dec. 20 février 2007, *Ivanov c. Russie*, n° 35222/04 ; Cour EDH, 3^e Sect. Dec. 23 octobre 2012, *Molnar c. Roumanie*, Req. n° 16637/06, § 23) ; mais dans d'autres affaires pourtant comparables, elle l'exclut voire l'élide (Cour EDH, 2^e Sect. 16 juillet 2009, *Féret c. Belgique*, Req. n° 15615/07, § 52 ; Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 7 juin 2011, *Gollnisch c. France*, Req. n° 48135/08).

⁷ Cf. *infra* III.

son paragraphe premier, avant d'envisager les conditions d'une restriction en son paragraphe second – soit explicitement et solennellement rappelé⁸.

8. Troisièmement, pour trancher le dilemme conventionnel qui oppose la liberté d'expression à la lutte contre les discours de haine, il ne serait guère opportun que la Cour s'en remette trop largement à la marge nationale d'appréciation des Etats.

Certes, il est indéniable que la marge d'appréciation n'est pas « *un cadeau ou une concession* » mais, bien au contraire, « *une incitation à destination des juridictions nationales pour qu'elles procèdent à l'examen conventionnel requis, mettent en balance des droits concurrents, évaluent le poids de droits au regard d'autres intérêts publics, examinent la proportionnalité des ingérences au sein des droits* »⁹.

Or, c'est précisément pour encadrer et accompagner l'exercice par les juridictions nationales d'un tel contrôle attentif qu'il revient en l'espèce à la Grande Chambre de procéder elle-même à un examen attentif de la situation contentieuse. Et ce, sans se borner à affirmer que « *les autorités nationales se trouvent en principe, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à répondre aux buts légitimes qu'elles poursuivent* »¹⁰.

En effet, ni la sensibilité évidente de la lutte contre les discours de haine, ni l'hypothèse d'un conflit entre un droit conventionnel et ce dernier impératif ne saurait justifier que la Cour renonce à exercer pleinement son rôle de gardien des droits conventionnels, en particulier à au sujet de discours susceptibles de relever d'un débat historique.

*

9. A l'aune de ces considérations liminaires, la FIDH entend attirer l'attention de la Grande Chambre sur deux éléments relatifs à l'arrêt rendu par la Deuxième Section, lesquels empêchent de séparer le bon grain de la libre discussion de l'ivraie du discours de haine.

*

II – Sur l'objet et les effets potentiels des propos niant l'existence du génocide arménien

10. Pour écarter la notion d'« *abus de droit* » et constater en l'espèce une violation de la liberté d'expression, la formation de Chambre a jugé que les propos reprochés au requérant ne

⁸ Sur la structure des droits conditionnels garantis notamment aux articles 8 à 11 de la Convention, v. l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Vajić, Spielmann, Zupančič et Laffranque (§ 6-7) sur Cour EDH, G.C. 3 avril 2012, *Van Der Heijden c. Pays-Bas*, Req. n° 42857/05.

⁹ Dean Spielmann, « Whither the Margin of Appreciation ? », in *UCL – Current Legal Problems (CLP) lecture*, 20 mars 2014, pp. 11-12.

¹⁰ V. Cour EDH, G.C. 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien c. Suisse*, Req. n° 16354/06, § 63.

relevaient pas d'« un discours a(yant) pour but d'inciter à la haine ou à la violence » et n'ont pas révélé de « mépris à l'égard des victimes des événements en cause »¹¹.

Au surplus, et au-delà de la seule analyse des propos litigieux du requérant, la Chambre a également fait sienne un argument avancé par le gouvernement turc¹² : « La négation de l'Holocauste est aujourd'hui le moteur principal de l'antisémitisme »¹³, par contraste avec la négation du génocide arménien qui ne serait donc pas un « moteur » de la haine contre les arméniens.

Ce faisant, la Chambre tend donc à suggérer que les propos niant le génocide arménien ne sont pas de nature à véhiculer la haine et à inciter à la violence envers le peuple arménien.

11. La FIDH invite la Grande Chambre à nuancer singulièrement cette lecture et, en tout état de cause, à ne pas l'entériner solennellement au sein de son propre raisonnement.

Certes, il est possible de fonder solidement et rationnellement une distinction entre les discours négationnistes selon que ceux-ci alimentent ou non la haine contre un groupe donné. Tel est d'ailleurs le critère de distinction que la FIDH suggèrera à la Grande Chambre de retenir comme support principal de sa décision¹⁴.

De même, il est assez juste de noter qu'au cœur du négationnisme relatif à l'Holocauste se niche bien souvent un antisémitisme latent de la même teneur, notamment, que le racisme, l'islamophobie ou l'homophobie.

Toutefois, il est pour le moins excessif d'en conclure que cette caractéristique est propre à la négation de l'Holocauste et qu'en particulier, il ne pourrait en être de même s'agissant du génocide arménien.

12. Il est également vrai que les contestations contemporaines de ce drame s'insèrent plutôt dans un contexte de tensions diplomatiques et nationalistes récurrentes entre l'Arménie et la Turquie. Cependant, les propos niant ou minimisant le génocide arménien peuvent aussi être porteurs d'une haine de l'Autre.

Il en est particulièrement ainsi en Turquie, où les propos négationnistes – fortement présents au sein des discours officiels et médias majoritaires – sont étroitement liés à une attitude plus vaste de rejet de la minorité arménienne et alimentent un climat de violence latente.

De fait, et à maintes reprises, il a été établi que la « rhétorique de haine » mobilisée par des médias turcs envers différentes minorités encouragerait les violences contre celles-ci¹⁵.

¹¹ § 52 et 119 de l'arrêt de Chambre.

¹² § 96 de l'arrêt de Chambre.

¹³ § 119 de l'arrêt de Chambre.

¹⁴ Cf. *infra* III.

¹⁵ V. ainsi le récent document de travail établi le 8 octobre 2014 par la Commission européenne lié au rapport de suivi des progrès de la Turquie vers l'adhésion à l'Union européenne (2014 Progress Report - COM(2014) 700 final, p. 60) : « Hate rhetoric by some media targeted Christians, Armenians, Jews and to a lesser extent other non-Muslims and Kurds. Alevi community perception is that they are subject to discriminatory language,

S'agissant tout particulièrement de la minorité arménienne, l'Association turque des droits de l'homme – membre de la FIDH – a d'ailleurs indiqué que :

« En Turquie, la négation n'est pas seulement une position passive, c'est une agression active créant un environnement raciste favorable à la violence. C'est ainsi que la voie a été ouverte, tout au long de l'histoire de la République, afin que les Arméniens en Turquie soient traités comme une " cinquième colonne ", qu'ils fassent l'objet de discriminations, qu'ils soient contraints de mener leur vie dans la peur permanente, leur vie ayant été en danger au cours de plusieurs émeutes nationalistes et pogroms qui eurent lieu dans la période républicaine. Le mot " arménien " est devenu un gros mot à ce point répandu que le ministre de l'intérieur de la République l'employait ouvertement en public (en 1997 par Meral Aksener). Cet environnement raciste induisit contre les Arméniens, non seulement des agressions verbales, mais aussi des agressions physiques [...] En résumé, la négation persistante du génocide est la principale cause des menaces sur la vie des Arméniens en Turquie, un résultat du discours officiel »¹⁶.

Au demeurant, de nombreuses affaires portées devant la Cour européenne des droits de l'homme ont amplement attesté de la réalité d'une telle connexion entre les discours hostiles aux arméniens et le risque avéré de violences¹⁷.

13. Bien sûr, lorsqu'elle est amenée se prononcer sur des propos qui nient ou minimisent le génocide arménien, la Cour européenne a vocation à évaluer la nécessité de la condamnation infligée à l'auteur de tels propos prioritairement à l'aune du contexte de l'Etat sur le territoire duquel le discours litigieux a été prononcé et diffusé. Toutefois, à l'heure où chaque propos tenu dans un pays donné est susceptible de disposer instantanément d'un écho mondial à la faveur des nouveaux moyens de communication, la Cour ne saurait éluder le contexte plus vaste dans lequel s'inscrivent de tels discours¹⁸.

Surtout, indépendamment même de la qualification juridique des propos litigieux qu'elle retiendra en l'espèce, il est indispensable que la formation solennelle de la Cour européenne des droits de l'homme s'abstienne de suggérer que les propos négationnistes relatifs au génocide arménien ne sont pas en soi de nature à inciter à la haine et à la violence.

*

including by members of the government. The Protestant Churches' report on human rights violations stated that hate crimes directed at Christians continued in 2013 and physical attacks were carried out against Protestant and other churches and worshippers. An attack against a Greek Orthodox church in Istanbul caused material damage to the church and to the priest's house. There was no effective investigation or legal action against perpetrators of similar attacks in previous years ».

¹⁶ Lettre ouverte d'Ozturk Turkdogan, Président de l'Association turque des droits de l'homme, 26 février 2014.

¹⁷ V. ainsi le triste exemple de l'affaire « Hrant Dink », du nom du journaliste et directeur de l'hebdomadaire turco-arménien « Agos » assassiné le 19 janvier 2007 par un ultranationaliste turc (v. Cour EDH, 2^e Sect. 14 septembre 2010, *Dink c. Turquie*, Req. n° 2668/07 ; v. aussi *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, précité).

¹⁸ Dans une précédente affaire relative à l'expulsion d'une ressortissante américaine pour avoir déclaré notamment que les turcs avaient « expulsé et massacré les arméniens », la Cour a souligné que les propos de la requérante « concernaient des sujets qui suscitaient encore un débat enflammé, non seulement en Turquie mais aussi sur la scène internationale » (Cour EDH, 2^e Sect. 20 mai 2010, *Norma Jeanne Cox c. Turquie*, Req. n° 2933/03, § 42 – souligné par nous).

14. Pour autant, une telle position européenne ne signifierait pas nécessairement qu'il faille considérer tout propos de cette teneur comme éligible à une sanction, sauf à effacer radicalement toute protection de la liberté d'expression. Il importe seulement que la Grande Chambre use d'un critère plus fin pour déterminer si de tels propos négationnistes ont effectivement pour objet voire, le cas échéant, pour effet d'inciter à la haine et à la violence.

*

III – Sur l'appréhension des discours négationnistes à l'aune de leur finalité discriminatoire ou haineuse

15. Dans son arrêt, la formation de Chambre a retenu que l'« *on ne saurait que très difficilement parler d'un "consensus général" [...] dans la communauté, notamment scientifique, à propos de la qualification juridique des événements* » de 1915 en Arménie¹⁹.

Or, si une telle assertion ne prête pas nécessairement à contestation – un tel enjeu étant effectivement « *par définition controvers[é] et discutable et ne se prête guère à des conclusions définitives ou à des vérités objectives et absolues* »²⁰ –, il n'en est pas de même s'agissant de la conclusion à laquelle parvient la Chambre à cette aune. En effet, celle-ci en a déduit qu'il était ainsi possible de « *distingue[r] clairement* » la présente affaire de celles « *qui portaient sur la négation des crimes de l'Holocauste* », lesquels ayant été « *clairement établis par une juridiction internationale* »²¹.

Un tel raisonnement revient à indexer la possibilité d'une répression pénale de propos négationnistes sur la reconnaissance par une juridiction internationale du génocide nié.

16. A de nombreux égards, **cette approche ne permet pas d'assurer un équilibre satisfaisant entre la liberté d'expression et la lutte contre les discours de haine.**

D'une part, la distinction entre existence historique – des massacres arméniens – et qualification juridique – d'un génocide – n'est pas des plus opportunes pour saisir les discours négationnistes. Dans ce cadre, elle peut même apparaître comme quelque peu spécieuse, car, ainsi que l'ont noté à fort juste titre les juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, « *la distinction entre la simple négation et la minimisation ou la justification [étant parfois] artificielle en termes linguistiques et [pouvant] être aisément contournée par un orateur habile, grâce à un discours euphémiste et élaboré* »²².

Au demeurant, par le passé, la Cour n'a nullement eu besoin d'y recourir et s'est contenté de viser « *la catégorie des faits historiques clairement établis* » sans autre précision²³.

¹⁹ § 114-115 de l'arrêt de Chambre.

²⁰ § 117 précité.

²¹ *Ibid.*

²² Opinion dissidente sous l'arrêt de Chambre, § 51.

²³ Cour EDH, G.C. 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni c. France*, Req. n° 24662/94, § 47 : à propos de l'Holocauste, « *dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10* » ; Dans le même sens, v. Cour EDH, 4^e Sect. Déc. 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, Req. n° 65831/01 : « *La*

D'autre part, le critère de la reconnaissance d'un génocide par une juridiction internationale implique nécessairement une différence de traitement juridique entre deux catégories de discours négationnistes. Et ce, au risque de prêter le flanc à la critique d'une « *hiérarchie des génocides* ». En effet, il est douteux que ce critère juridictionnel repose sur un fondement rationnel.

Non seulement il est indéniable que la reconnaissance judiciaire d'un génocide est dépendante de différents aléas historiques – tel l'état de développement de la justice internationale au moment des faits²⁴ –, de sorte que l'absence d'une telle reconnaissance ne saurait être significatif et peut être nuancée par d'autres formes de reconnaissances internationales²⁵.

Mais au surplus, et réciproquement, l'existence d'une reconnaissance judiciaire ne saurait empêcher tout type de discussion et de débat au sujet d'un génocide. Ainsi, il est acquis que l'existence et l'ampleur des crimes nazis au titre de l'Holocauste ne souffrent d'absolument aucun doute. Toutefois, le jugement de Nuremberg n'en est pas moins lui-même un fait historique sur lequel de nombreux historiens travaillent encore, à l'exacte image des événements et massacres arméniens du début du XX^e siècle.

17. Dès lors, il est manifeste que le seul critère de la reconnaissance judiciaire n'est pas le plus approprié dans le contexte de la liberté d'expression et ne peut tenir lieu de *summa divisio* entre les discours négationnistes susceptibles d'être sanctionnés et ceux qui ne le seraient pas.

En s'abstenant de reprendre à son compte ce pan du raisonnement de l'arrêt de Chambre, la Grande Chambre pourrait prévenir et dissiper tout malentendu, en particulier afin de couper court à l'idée d'un « deux poids – deux mesures » dans la protection des différentes mémoires qui alimente les fantasmes les plus délirants et donc, les discours de haine.

18. Dans ces conditions, et sans aucunement se prononcer sur l'opportunité d'une condamnation dans la présente affaire, la FIDH invite la Grande Chambre à retenir une autre approche, résolument centrée sur « *l'incitation à la haine et à la violence* » que recèle le discours litigieux.

Un tel critère n'est aucunement inédit, puisqu'il irrigue et infuse littéralement l'ensemble de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dédiée aux discours offensifs et extrémistes. Dans son arrêt du 17 décembre 2013, la formation de Chambre l'a elle-même explicitement mobilisé sur le terrain de l'abus de droit au sens de l'article 17 de la

réalité, l'ampleur, et la gravité de ces faits historiques qui ne font pourtant pas l'objet de débats entre historiens mais sont au contraire clairement établis » (souligné par nous).

²⁴ Or, s'agissant des événements et massacres arméniens du début du XX^e siècle, il est notoire que l'idée même de justice pénale internationale était encore balbutiante à l'époque.

²⁵ Ainsi, les massacres perpétrés contre les arméniens ont eux aussi bénéficié d'une large reconnaissance juridique et internationale, notamment *via* des traités (v. opinion en partie dissidente des juges Vučinić et Pinto de Albuquerque, § 2-10 sous l'arrêt de Chambre).

Convention²⁶. Toutefois, il a été largement délaissé sur le terrain de la liberté d'expression, semble-t-il en raison de la coloration historique du débat litigieux.

Or, s'il n'est pas contestable que « *la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression* » et que « *tout pays est appelé à fournir [des efforts] pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* »²⁷, il n'en demeure pas moins que le débat historique peut aussi être le paravent de discours porteurs d'incitation à la haine et à la violence.

19. Il est tout particulièrement ainsi des discours « *négationnistes* », comme l'a déjà amplement reconnu la Cour européenne au sujet de l'Holocauste.

En effet, si la juridiction européenne a déjà estimé que parmi les « *propos dirigé[s] contre les valeurs qui sous-tendent la Convention* » figurent ceux qui « *remett[en]t en cause de manière systématique des crimes contre l'humanité commis par les nazis contre la communauté juive* »²⁸, c'est au motif qu'en réalité « *l'objectif et l'aboutissement d'une telle démarche sont totalement différents [...] d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité* » et aspire « *en fait [à] réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, [à] accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes* »²⁹.

En d'autres termes, ce n'est pas en soi la négation du génocide qui justifie la répression des discours litigieux, mais **l'intention haineuse et discriminatoire, laquelle est souvent au cœur de la démarche négationniste.**

Certes, la Cour tend à présumer de façon irréfragable que toute remise en cause de l'existence de l'Holocauste est mue par une telle intention haineuse et, en l'occurrence, antisémite. Pour autant, **même présumée, l'intention prime sur la négation** et constitue le fondement véritable de l'exclusion de ce type de discours de toute protection conventionnelle.

20. Or, à l'instar de nombreux autres discours niant l'existence de génocide, il n'est aucunement exclu qu'une telle intention haineuse puisse être le moteur de propos qui tendent à remettre en cause l'existence du génocide arménien.

En effet, il a déjà été amplement établi que nombre de discours négationnistes, en particulier en Turquie, s'inscrivent dans une démarche d'hostilité latente envers l'ensemble des arméniens, au point de faire naître un risque de violences à leur égard³⁰.

²⁶ § 51-52 de l'arrêt de Chambre.

²⁷ § 99 et 103 de l'arrêt de Chambre ; v. aussi et notamment Cour EDH, 5^e Sect. 15 janvier 2009, *Orban et autres c. France*, Req. n° 20985/05, § 35 ; Cour EDH, 1^e Sect. 22 avril 2010, *Fatullayev c. Azerbaïdjan*, Req. n° 40984/07.

²⁸ § 45 de l'arrêt de Chambre ; v. not. *Garaudy c. France*, précité.

²⁹ *Garaudy c. France*, précité : « *Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard. La négation ou la révision de faits historiques de ce type remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public* ».

³⁰ Cf. *supra* II.

Plus largement, l'intention qui préside aux discours niant le génocide arménien ou minimisant les massacres commis au début du XX^e siècle oscille souvent entre le souci de réhabilitation du régime turc de l'époque et le souhait de justification des actes ainsi commis³¹.

En tout état de cause, il appartient à la juridiction européenne d'apprécier dans chaque affaire si les propos à teneur négationniste attestent ou non d'une intention discriminatoire ou haineuse.

21. Au regard de tout ce qui précède, la FIDH invite donc la Grande Chambre à indiquer plus explicitement que, moins que la seule négation d'un fait historique, c'est la finalité discriminatoire ou haineuse des propos tenus qui permettrait de fonder une restriction de la liberté d'expression.

Sous cet angle, l'Holocauste ne se verrait aucunement accorder un régime exclusif, puisque d'autres génocides pourraient en relever. Il en serait ainsi de toute négation de génocide dans l'intention d'attiser la haine raciale envers les groupes victimes des massacres³².

Dans ces conditions, la critique récurrente d'une « *hiérarchie des génocides* » ou des « *mémoires* » serait privée de tout fondement et les réelles difficultés soulevées par le critère de la reconnaissance judiciaire des génocides n'auraient plus lieu d'être.

Une telle harmonisation du raisonnement européen autour du critère finaliste ne se limiterait d'ailleurs pas à la seule question de la conventionalité des discours négationnistes. L'ensemble des contentieux relatifs aux discours de haine pourraient être examinés à l'aune de ce critère de l'intention haineuse et discriminatoire³³, ce qui atténuerait l'incertitude qui grève quelque peu la jurisprudence européenne en ce domaine.

22. Certes, la FIDH n'ignore pas combien l'identification de l'intention haineuse et discriminatoire qui gouvernerait certains discours, en particulier négationnistes, peut s'avérer délicate en pratique.

Toutefois, **la technique du faisceau d'indices** pourrait être employée par les juges afin d'apprécier, dans chaque affaire, si une telle intention peut être décelée.

³¹ A rebours des affirmations du Gouvernement turc en particulier dans sa tierce intervention devant la Chambre, l'idée selon laquelle la négation du génocide arménien n'ambitionne pas de « *réhabiliter tel ou tel gouvernement [...] contrairement au cas du régime national-socialiste responsable de l'Holocauste* » (§ 119 de l'arrêt de Chambre) est difficilement crédible. En effet, les autorités turques n'ont jamais ménagé leurs efforts pour minimiser leur rôle dans les massacres contre le peuple arménien, comme en attestent d'ailleurs les multiples affaires qui se sont succédées dans le prétoire européen (v. not. *Norma Jeanne Cox c. Turquie*, précité ; *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, précité).

³² En ce sens, v. l'opinion concordante commune aux juges Raimondi et Sajó sous l'arrêt de Chambre : « *Des propos négationnistes peuvent être criminels dans la mesure où ils incitent à la haine et à la violence et où ils représentent un danger réel compte tenu de l'histoire et des conditions sociales prévalant dans une société donnée* » (Opinion concordante commune).

³³ A ce jour, la jurisprudence européenne au sujet des discours islamophobes et antisémites tend déjà vers ce critère (v. not. Cour EDH, 2^e Sect. Dec. 16 novembre 2004, *Norwood c. Royaume-Uni*, Req. n° 23131/03 ; Com. EDH, Dec. 11 octobre 1979, *Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas*, Req. n° 8348/78 ; Cour EDH, 1^e Sect. Dec. 20 février 2007, *Ivanov c. Russie*, n° 35222/04).

Ainsi, dans une affaire donnée, il serait loisible à la juridiction compétente de tenir compte d'un ensemble d'indices relatifs :

- A la **teneur des propos litigieux** (leur signification ; leur connotation ; les références auxquels ils renvoient, etc.) ;
- A la **personne du locuteur** (les fonctions au titre desquelles il s'exprime ; ses prises de positions et engagements passés ; ses liens avec différentes organisations, etc.) ;
- Au **contexte d'énonciation des propos litigieux** (sensibilité et actualité selon des critères géographique – dans un espace où le discours litigieux a une résonance particulière – et temporel – peu de temps après un événement marquant, etc.).

23. Non seulement une telle approche aurait pour vertu de rendre bien plus lisibles – et donc prévisibles – les exigences conventionnelles relatives aux discours de haine, préservant ainsi la liberté d'expression des risques de l'incertitude, laquelle confine à l'arbitraire.

Mais au surplus, et réciproquement, cette méthode permettrait de saisir et de sanctionner les propos d'orateur habiles qui se jouent des contraintes juridiques en usant d'un langage largement euphémisé, renforçant ainsi l'efficacité des dispositifs de lutte contre les discours de haine.

24. L'affaire *Perinçek c. Suisse* offre d'ailleurs à la Grande Chambre une occasion rare de consacrer et d'affiner au mieux cet ensemble de critères, afin d'offrir aux juridictions nationales un véritable d'emploi comparable à celui que la Cour européenne a d'ores et déjà forgé pour trancher les conflits entre liberté d'expression journalistique et droit au respect de la vie privée³⁴.

Ainsi, le strict encadrement conventionnel permettant de **séparer au mieux le bon grain de la libre discussion de l'ivraie du discours de haine** ira de pair avec **le respect du principe de subsidiarité** qui structure le système européen de protection des droits de l'homme.

*
* *

Lieu/Place	PARIS
Date/Date	14 octobre 2014

Patrice SPINOSI

SCP SPINOSI & SUREAU
Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

³⁴ V. ainsi Cour EDH, G.C. 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne*, Req. n° 39954/08 et *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), Req. n° 40660/08.